

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 251.277 van 15 juli 2021
in de zaak A. 233.906/XII-9100**

In zake: de NV VERBRAEKEN INFRA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Gauthier Ervyn en Bart Van Hyfte
kantoor houdend te 1160 Brussel
Hermann-Debrouxlaan 40
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de MAATSCHAPPIJ VOOR HET INTERCOMMUNAAL
VERVOER TE BRUSSEL (MIVB)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre en Matthias Castelein
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86c, 113b
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomen de partij:

de NV JACOPS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Eva Roels en Séverine Vermeire
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Spinnerijstraat 99/22
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 juni 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de MIVB van 25 mei 2021 waarbij de overheidsopdracht voor

werken met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor grond- en kabelwerken’ (dossier MIVB AL_4628/SDN/RB) gegund werd aan de nv Jacops”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

Met een verzoekschrift van 28 juni 2021 heeft de nv Jacops gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 juli 2021, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Gauthier Ervyn en Bart Van Hyfte, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Matthias Castelein, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Séverine Vermeire, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Frederick Ongena heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De MIVB schrijft een overheidsopdracht uit met als voorwerp het sluiten van een raamovereenkomst met één operator en is bedoeld voor de uitvoering van diverse werken voor grond- en kabelwerken, met inbegrip van bijbehorende werken als herstel van de wegbedekking, aansluitingen en aanleveren van materialen en dergelijke.

De verwerende partij maakt toepassing van de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging.

3.2. Op 29 oktober 2020 wordt de opdracht bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.3. Het bestek nr. AL_4628/SDN/RB is van toepassing. De gunningscriteria zijn 1) de financiële kwaliteit van de offerte (60 punten) en 2) de technische en commerciële kwaliteit (40 punten). Het tweede gunningscriterium is onderverdeeld in drie *subcriteria*, namelijk de technische kwaliteit op 20 punten, het aantal standaardploegen dat gedurende de looptijd van de raamovereenkomst beschikbaar is voor de MIVB en die tevens gelijktijdig inzetbaar zijn (op 10 punten) en de kwaliteit en de voorwaarden van de aangeboden wachtdienst (op 10 punten).

In het bestek onder Deel II, 4.3. “Inhoud van de offerte” worden de documenten opgesomd die bij de offerte moeten worden gevoegd “om geldig te zijn”. Daaronder bevinden zich “de technische fiches van elk te leveren product dat is opgenomen in de prijslijst van dit bestek”.

Daarbij is ook de volgende verduidelijking gegeven:

“Belangrijke opmerking

De aandacht van de inschrijvers wordt gevestigd op het feit dat, wanneer deze essentiële documenten ontbreken, de offerte definitief uitgesloten kan worden.”

De technische bepalingen bevestigen op hun beurt dat bij een aantal specifieke producten die door de inschrijvers moeten worden geleverd, technische fiches bij de inschrijving moeten worden gevoegd.

3.4. Vier inschrijvers dienen een eerste offerte in.

3.5. Alle inschrijvers blijken een BAFO te hebben ingediend.

3.6. In de bestreden beslissing wordt vastgesteld dat alle ingediende offertes “administratief voldoen en reglementair zijn”. De “analyse van de offertes op basis van de gunningscriteria” leidt tot een eindrangschikking, waarbij Jacops als eerste wordt gerangschikt met 92,55/100 punten en de verzoekende partij als derde met 86,8/100 punten. De verzoekende partij biedt de beste prijs aan en krijgt 60 punten voor het prijscriterium, Jacops 52,55 op 60. Wat het gunningscriterium van de technische en commerciële kwaliteit betreft, verkrijgt de verzoekende partij 16 op 20 en Jacops 20 op 20 op het eerste *subcriterium* (technische kwaliteit), de verzoekende partij 0,83/10 en Jacops 10 op 10 op het tweede *subcriterium* (standaardploegen). De verzoekende partij en Jacops verkrijgen beide 10 op 10 voor het derde *subcriterium* (wachtdienst).

3.7. Op grond van deze rangschikking beslist de verwerende partij op 25 mei 2021 om de nv Jacops aan te wijzen als opdrachtnemer en met die onderneming een raamovereenkomst voor grond- en kabelwerken van 4 jaar te sluiten.

3.8. Dit is de bestreden beslissing.

3.9. Op 4 juni 2021 stelt de verwerende partij per e-mailbericht de verzoekende partij in kennis van de bestreden beslissing. Deze kennisgeving wordt op latere datum herhaald met een aangetekend schrijven.

IV. Tussenkost

4. De nv Jacops blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het inwilligen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

6.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: rechtsbeschermingswet) van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van “het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers en non-discriminatie, dat voortvloeit uit de artikelen 10 en 11 van de Grondwet” en artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 81, 120, 147, § 5, en 153 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 74 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘inzake de plaatsing van de overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de artikelen 5 en 29 van de rechtsbeschermingswet, het bestek en het algemeen beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het

zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, het mededingingsbeginsel en van de materiële- en formelemotiveringsplicht.

7.1. De verzoekende partij voert in een eerste onderdeel aan dat de verwerende partij de voornoemde beginselen en bepalingen heeft geschonden doordat zij het voorwerp van het eerste *subgunningscriterium* “Technische kwaliteit” heeft gewijzigd en de beoordelingsmethodiek veranderd als gevolg van het niet in rekening brengen van zes posten bij de beoordeling van het eerste *subgunningscriterium* “Technische kwaliteit”. Aldus is geoordeeld in strijd met het bestek waarin wordt bepaald dat de offerte de technische fiches van elk te leveren product dat is opgenomen in de prijslijst moet bevatten.

Voorts merkt zij nog op dat, afgezien van het ontbreken van de technische fiches voor deze zes producten, de in het bestek voorziene methode voor de beoordeling van de offertes ook niet is gevolgd omdat “geen analyse [werd] verricht van de kwaliteit van de door Jacops en de andere inschrijvers voorgestelde producten op basis van de ingediende fiches, maar [...] [de verwerende partij] zich ertoe [heeft] beperkt na te gaan of deze fiches ‘aanwezig waren’ en ‘voldeden’ aan de vereisten van de opdracht”.

7.2. De verzoekende partij voert in een tweede onderdeel aan dat de verwerende partij de voornoemde beginselen en bepalingen heeft geschonden doordat de verwerende partij geen enkele BAFO wegens substantiële onregelmatigheid nietig heeft verklaard, terwijl zij heeft “vastgesteld dat geen van de inschrijvers de technische fiches van zes producten bij hun offerte had gevoegd”, en deze essentiële elementen van de opdracht betreffen overeenkomstig *subcriterium* 1 waarin wordt verwezen naar de administratieve bepalingen van het bestek, Deel II, 4.3. “Inhoud van de offerte”, punt 6.

Beoordeling

8. Voor zover de verwerende partij het belang van de verzoekende partij bij het eerste middel betwist, moet worden vastgesteld dat de beoordeling van het belang niet noopt tot een onderzoek van die exceptie, nu hierna zal blijken dat het middel niet ernstig is.

9. Het toepasselijk bestek bepaalt bij het *subcriterium* “Technische kwaliteit”:

“De technische kwaliteit, op basis van de gevraagde informatie in paragraaf 4.3, punt 6 van het 2de deel van de administratieve bepalingen van dit bestek, van elk te leveren product dat is opgenomen in de prijslijst van dit bestek. Dit op 20 punten.

Dit criterium zal als volgt worden beoordeeld:

- Offertes waarvan de technische kwaliteit van de vooropgestelde producten als zeer goed wordt beoordeeld, ontvangen 100% van de punten.
- Offertes waarvan de technische kwaliteit van de vooropgestelde producten als goed wordt beoordeeld, ontvangen 80% van de punten.
- Offertes waarvan de technische kwaliteit van de vooropgestelde producten als voldoende wordt beoordeeld, ontvangen 60% van de punten.
- Offertes waarvan de technische kwaliteit van de vooropgestelde producten als ontoereikend wordt beoordeeld, worden als onregelmatig beschouwd en worden bijgevolg niet weerhouden.”

Volgens Deel II, artikel 4.3., punt 6 van het bestek waarvan hiervoor reeds melding wordt gemaakt moeten de offertes “om geldig te zijn” diverse documenten omvatten en dat luidt:

“6. De technische fiches van elk te leveren product dat is opgenomen in de prijslijst van dit bestek.

Uit de technische fiches moet opgemaakt kunnen worden of de producten helemaal of slechts gedeeltelijk aan de technische eisen van het lastenboek voldoen. Indien de producten slechts gedeeltelijk aan de technische eisen voldoen moet dit expliciet vermeld worden op de fiches.”

10. De bestreden beslissing verwijst onder “C.3 Conformiteit van de offerte” op de eerste plaats naar het hiervoor aangehaalde artikel 4.3. waarin de documenten worden aangewezen die verplicht moeten worden gevoegd “opdat de offerte van een onderneming zou voldoen”. Vervolgens wordt in een tabel bij alle offertes “OK” vermeld voor alle documenten ook wat het hiervoor aangehaalde punt 6 inzake de technische fiches betreft. De conclusie luidt dat de offertes “administratief voldoen en reglementair zijn”.

Onder “D.2 Technische en commerciële kwaliteit” geeft de beslissing een inhoudelijke beoordeling van de offertes.

Wat het *subgunnings*criterium “Technische kwaliteit” betreft, luidt de motivering onder andere:

“De offertes van de firma’s Genetec, Verbraeken Infra en Tasoz worden na analyse door de MIVB als goed beoordeeld betreffende dit criterium. Zij ontvangen dan ook elk 80 % van de punten wat overeenkomt met 16 punten.

De offertes worden als goed en niet als zeer goed beoordeeld aangezien de kwaliteit niet voor al de voorgestelde producten beoordeeld kan worden. Dit aangezien niet alle ingediende technische fiches conform zijn met de posten in het lastenboek of omdat er technische fiches ontbreken.

De offerte van de firma Jacops wordt na analyse door de MIVB als zeer goed beoordeeld betreffende dit criterium. Zij ontvangt 100 % van de punten wat overeenkomt met 20 punten.

De offerte van Jacops wordt als zeer goed beoordeeld aangezien de kwaliteit van de voorgestelde producten duidelijk beoordeeld kan worden. Dit aangezien alle ingediende technische fiches conform zijn met de posten in het lastenboek.

Onderstaande 6 posten werden niet opgenomen in de beoordeling van dit criterium. Het betreft hier 6 zogenaamde ‘kit-artikelen’. Deze worden samengesteld door een door de MIVB aangewezen leverancier. Elk van de 4 firma’s heeft aangegeven dat het niet mogelijk was om de technische fiches van deze ‘kit-artikelen’ correct aan te leveren aangezien de gevraagde informatie niet werd aangeleverd door deze betreffende leverancier. Om de objectieve beoordeling van dit criterium te garanderen werden deze 6 posten dan ook niet opgenomen in de analyse.

Het betreft de posten:

- 4.14.3.4;
- 4.14.3.5;

- 4.14.3.9;
- 4.14.3.10;
- 4.14.3.11;
- 4.14.3.12.”

11. De verzoekende partij lijkt aan te voeren dat de technische fiche van elk te leveren product uit de prijslijst moet worden betrokken bij de beoordeling van het *subgunningscriterium* “Technische kwaliteit”. Dit lijkt een misvatting.

Het voormelde Deel II van het bestek, 4.3., punt 6, dat bepaalt dat de technische fiche van elk te leveren product dat is opgenomen in de prijslijst moet worden toegevoegd aan de offerte, lijkt immers niet rechtstreeks de beoordeling van het *subgunningscriterium* “Technische kwaliteit” te betreffen maar de administratieve regelmatigheid van de offerte.

Deze besteksbepaling wordt, in die zin, ook in de bestreden beslissing herhaald en beoordeeld onder de voornoemde titel “C.3. Conformiteit van de offerte”, en niet onder “D. Analyse van de offertes op basis van de gunningscriteria”.

De beoordeling van het *subgunningscriterium* “Technische kwaliteit” zelf gebeurt vervolgens conform het bestek “op basis van de gevraagde informatie in paragraaf 4.3, punt 6 van het 2de deel van de administratieve bepalingen van dit bestek”, zijnde de voormelde verplicht bij te voegen technische fiches.

Uit hetgeen voorafgaat lijkt te moeten worden afgeleid dat volgens de beschreven beoordelingsmethodiek niet de technische fiches, op zich, moeten worden beoordeeld en leiden tot het behalen van een score maar wel dat de technische kwaliteit zelf van de voorgestelde producten zal worden beoordeeld aan de hand van die technische fiches met hun bijlagen, die niet volledig samenvallen met het betrokken *subgunningscriterium*.

12. De verzoekende partij stelt het buiten beschouwing laten van de zes zogenaamde KIT-posten voor het voormelde *subcriterium* ter discussie. Zij lijkt zich echter te vergissen waar zij betoogt dat de verwerende partij zou hebben vastgesteld dat geen van de inschrijvers de technische fiches van die zes producten bij zijn offerte had gevoegd. Uit de motivering van de bestreden beslissing lijkt immers enkel te mogen worden afgeleid dat de verwerende partij heeft vastgesteld dat geen van de inschrijvers erin is geslaagd deze fiches “correct” aan te leveren.

De verwerende partij argumenteert hier dat de verzoekende partij ten onrechte laat uitschijnen dat geen enkele inschrijver technische fiches kon voorleggen voor de zes betrokken posten maar dat zulks onwaar is. Elke BAFO bevatte immers die fiches maar geen enkele inschrijver kon 100 % correcte fiches bijvoegen omdat de leverancier de exacte samenstelling van de betrokken KIT's niet kon of wilde meedelen.

De verwerende partij benadrukt in haar nota nog dat “niet alleen de inschrijvers, maar ook [zij] zélf, als aanbestedende overheid, geconfronteerd werd met de onwil van de betrokken leverancier Sadinter om de correcte technische samenstelling van de KIT mee [te] delen aan de inschrijvers, zelfs na herhaaldelijk aandringen”.

Zij verwijst ook naar het feit dat de zes betrokken posten samen slechts 1,7 % van de offerteprijs van de verzoekende partij en 1 % van de offerteprijs van de gekozen inschrijver vertegenwoordigen.

Voorts wijst zij erop dat het niet-essentieel karakter van die posten ook voortvloeit uit het feit dat zij zelf voor de lopende raamovereenkomst de KIT's ter beschikking stelde van de opdrachtnemer zodat zij de technische kwaliteit van deze producten reeds kende, ook zonder technische fiches.

Uit het administratief dossier, met inbegrip van de vertrouwelijke stukken die de Raad bij zijn beoordeling mag betrekken, lijkt het dat elke BAFO inderdaad technische fiches bevatte voor deze posten, zoals ook wordt geconcludeerd bij het administratief nazicht van de BAFO's aan de hand van de vermeldingen "OK". Met de verwerende partij kan evenzeer worden vastgesteld dat juist de verzoekende partij en de nv Jacops uitdrukkelijk schriftelijk in het voorblad van de kwestieuze technische fiches aangaven dat dit speciaal voor de MIVB gemaakte producten betrof waarvoor geen "detailschema's" beschikbaar zijn of dat geen technische fiche bij de leverancier beschikbaar was.

Op het eerste gezicht heeft de verzoekende partij aldus niet aangetoond dat de verwerende partij in de gegeven omstandigheden de grenzen van haar beoordelingsruimte heeft geschonden door de kwestieuze posten buiten beschouwing te laten. Evenmin lijkt zij te kunnen worden bijgevalen in haar betoog, inhoudend dat hierdoor het *subgunnings*criterium zou zijn gewijzigd of de wijze van beoordeling, minstens toch niet in de mate dat de gelijkheid onder de inschrijvers hierdoor in het gedrang zou zijn gebracht. Geen enkele inschrijver was er immers in geslaagd correcte informatie te verkrijgen voor de betrokken zes producten en de weglating ervan gold voor alle inschrijvers, zodat geen enkele inschrijver hierdoor enig nadeel lijkt te hebben geleden bij de beoordeling van de offertes.

Het eerste onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

13. In een tweede onderdeel van het eerste middel meent de verzoekende partij, in essentie, dat alle offertes substantieel onregelmatig hadden moeten worden verklaard, omdat geen enkele inschrijver de technische fiche van de zes zogenaamde KIT-producten bij zijn offerte heeft gevoegd.

Zoals hiervoor reeds opgemerkt, lijken de inschrijvers wél degelijk voor de zes kwestieuze producten technische fiches te hebben bezorgd, doch zonder de correcte technische informatie van de leverancier.

De technische fiches lijken te zijn gevraagd als hulpmiddel om de offertes te beoordelen in het licht van het eerste *subgunningscriterium* van gunningscriterium 2 en dienen om na te gaan in welke mate de voorgestelde producten voldoen aan de technische besteisen. Zoals bepaald in de omschrijving van de methodiek bij het betrokken criterium is er echter slechts sprake van onregelmatigheid wanneer “de technische kwaliteit van de vooropgestelde producten als ontoereikend wordt beoordeeld”. Het ontbreken van een 100% conforme technische fiche voor een product lijkt aldus niet op zichzelf tot een substantiële onregelmatigheid te moeten leiden.

Met de verwerende partij lijkt, op het eerste gezicht, te kunnen worden aangenomen dat een regelmatige offerte de technische fiches van elk te leveren product dat is opgenomen in de prijslijst van dit bestek dient te bevatten, zoals blijkt uit het meer vermelde 4.3., punt 6 van het bestek. Dat dit echter een administratieve regelmatigheidsvereiste is doch geen materiële lijkt een terecht standpunt van de verwerende partij.

Zoals bij de bespreking van het eerste middelonderdeel is vastgesteld, toont de verzoekende partij op het eerste gezicht niet concreet aan dat de verwerende partij, in de gegeven bijzondere omstandigheden, de in het eerste middel aangehaalde bepalingen en beginselen heeft geschonden door de zes zogenaamde KIT-posten buiten de beoordeling van het *subgunningscriterium* “Technische kwaliteit” te laten. De verzoekende partij maakt dan *prima facie* ook niet aannemelijk dat de verwerende partij de offertes onregelmatig diende te verklaren wegens het vermeende ontbreken van technische fiches.

Ook het tweede onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

14. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

15. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers en non-discriminatie, dat voortvloeit uit de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 81, 120, 147, § 5, en 153 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 74 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de artikelen 5 en 29 van de rechtsbeschermingswet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, het mededingingsbeginsel en de materiële- en formelemotiveringsplicht.

De verzoekende partij meent, in essentie, dat de voormelde bepalingen en beginselen zijn geschonden doordat de “verwerende partij in het bestek geen maximum [heeft] vastgesteld, zodat de punten die aan elk van de inschrijvers voor dit criterium worden toegekend, niet afhangen van de intrinsieke kwaliteit van hun offerte in verhouding tot de verwachtingen van de aanbestedende overheid, maar van de verhouding tussen hun offerte en die van de inschrijver die de meeste standaardploegen heeft voorgesteld”.

Zij licht toe dat de gekozen inschrijver Jacops twaalf teams voorstelde, wat veel te veel is voor de behoeften van de aanbestedende overheid en de omvang van het contract en niet in verhouding staat tot de raming van de raamovereenkomst en de vereiste erkenning van de aannemers. “Bovendien stelt deze inschrijver twee keer zoveel teams voor als de inschrijver die op de tweede plaats komt”.

De verzoekende partij preciseert dat doordat voor dit criterium geen maximum is vastgesteld, de punten die aan de inschrijvers worden toegekend, niet afhangen van hun intrinsieke kwaliteit, “d.w.z. het aantal teams dat kan worden voorgesteld in verhouding tot de behoeften van de aanbestedende overheid, maar van het aantal, dat volstrekt absurd is, dat een andere inschrijver zal hebben ‘durven’ voorstellen, zelfs als dit aantal ploegen volstrekt nutteloos is”.

De verzoekende partij wijst er ten slotte nog op dat de verwerende partij enkel een “conformiteitscontrole” heeft verricht met betrekking tot de aanwezigheid van het door het bestek vereiste document aangaande de standaardploegen, doch geen inhoudelijke controle op de materiële regelmatigheid ervan.

Beoordeling

16. Voor zover de verwerende partij en de tussenkomen de partij het belang van de verzoekende partij bij het tweede middel betwisten, kan worden vastgesteld dat, zoals hierna zal blijken, het tweede middel niet ernstig is zodat onderzoek van de exceptie niet noodzakelijk is.

17. Het bestek bepaalt dat het tweede *subcriterium* van het gunningscriterium “Technische en commerciële kwaliteit” wordt beoordeeld op grond van:

“Het aantal standaardploegen dat gedurende de looptijd van de raamovereenkomst beschikbaar is voor de MIVB en die tevens gelijktijdig inzetbaar kunnen zijn. Een standaardploeg dient minstens te bestaan uit 3 personen (1 ploegbaas + 2 grondwerkers) en elke standaardploeg dient te beschikken over een minigraafmachine. Minstens 1 van de personen van een standaardploeg moet deze minigraafmachine kunnen bedienen. Zie ook paragraaf 1.3 van de technische bepalingen van dit bestek. Dit op 10 punten.

Dit criterium zal als volgt worden beoordeeld:

een *pro rata* berekening waarbij de inschrijver met het hoogste aantal standaardploegen het maximum van de punten ontvangt.”

18. In de bestreden beslissing wordt dit *subgunningscriterium* als volgt beoordeeld:

“De inschrijvers dienden overeenkomstig de instructies betreffende de BAFO-indiening het document ‘BAFO document B’ bij hun BAFO-dossier te voegen.

Op dit document dienden de inschrijvers een antwoord te geven betreffende dit criterium (het aantal standaardploegen dat gedurende de looptijd van de raamovereenkomst beschikbaar is voor de MIVB en die tevens gelijktijdig inzetbaar kunnen zijn).

De inschrijvers Genetec, Tasoz, Jacops en Verbraeken Infra hebben dit document bezorgd met daarop vermeld het aantal standaardploegen volgens de vereisten van dit criterium.

De firma Verbraeken Infra maakt in het betreffende document ‘BAFO document B’ melding van 5 standaardploegen betreffende dit gunningscriterium, maar verwijst hierbij naar hun bijgevoegde ‘nota m.b.t. de beschikbaarheid personeel’.

Uit deze bijgevoegde nota blijkt niet dat deze 5 standaardploegen ingezet kunnen worden volgens de vereisten van het gunningscriterium. Het gunningscriterium betreft namelijk de beschikbaarheid van het aantal standaardploegen gedurende de looptijd van de raamovereenkomst die tevens gelijktijdig inzetbaar kunnen zijn.

In paragraaf 1.3 van de technische bepalingen van het bestek dat betrekking heeft op dit criterium staat duidelijk vermeld dat deze standaardploegen tijdens de volledige duur van het contract ter beschikking moeten staan.

Uit de bijgevoegde nota van de firma Verbraeken Infra blijkt dat er tijdens bepaalde periodes gedurende de looptijd van de raamovereenkomst slechts 1 standaardploeg gegarandeerd beschikbaar is.

De nota vermeldt dat deze standaardploeg tijdens deze betreffende periodes eventueel kan worden opgetrokken naar maximaal 3 standaardploegen. Maar dit enkel op voorwaarde dat de MIVB in het begin van elk kalenderjaar een globaal plan van de uit te voeren werken voorlegt.

Deze voorwaardelijke conditie maakt echter geen deel uit van het lastenboek of van het betreffende gunningscriterium en is dus niet van toepassing.

Uit de door de firma Verbraeken Infra aangeleverde ‘nota m.b.t. de beschikbaarheid personeel’ en rekening houdend met de vereisten van dit criterium kan de MIVB enkel maar besluiten dat het aantal standaardploegen dat gedurende de looptijd van de raamovereenkomst beschikbaar is voor de MIVB en die tevens gelijktijdig inzetbaar kunnen zijn 1 bedraagt.

En dus niet 5 zoals vermeld op het ‘BAFO document B’ aangezien de bijgevoegde nota duidelijk aangeeft dat er tijdens bepaalde periodes gedurende de looptijd van de raamovereenkomst slechts 1 standaardploeg met zekerheid beschikbaar is en gelijktijdig kan worden ingezet.”

Deze beoordeling leidt voor het *subcriterium* tot de volgende score: Genetec: 1,67/10, Jacops: 10/10, Tasoz: 5/10 en Verbraeken Infra: 0,83/10.

19. Uit deze beoordeling ten aanzien van de verzoekende partij blijkt reeds op het eerste gezicht dat de verwerende partij niet enkel een “conformiteitscontrole” heeft verricht met betrekking tot de aanwezigheid van het door het bestek vereiste document aangaande de standaardploegen. Zo heeft zij ook in het geval van de verzoekende partij die melding maakte van 5 standaardploegen een inhoudelijke controle op de materiële regelmatigheid van dat aanbod verricht. De verwerende partij heeft immers aan de hand van de bijgevoegde nota onderzocht of die vijf ploegen ook gelijktijdig konden worden ingezet, wat niet het geval bleek. De verzoekende partij lijkt deze beoordeling, inhoudend dat zij uiteindelijk maar één ploeg met zekerheid kan inzetten gedurende de gehele looptijd van de overeenkomst, niet te betwisten.

20. De verzoekende partij heeft bij de indiening van de offerte en de BAFO, op het eerste gezicht, in elk geval geen opmerking geformuleerd over de invulling van dit *subgunningscriterium*. Nog daargelaten de vraag of deze kritiek van de verzoekende partij bij een duidelijke vereiste voor het eerst mag worden opgeworpen voor de Raad van State, moet worden vastgesteld dat ook de bewering als zou dit *subgunningscriterium*, doordat het geen maximum bepaalt, niet zou peilen naar de intrinsieke waarde van de offerte, op het eerste gezicht niet kan overtuigen.

Zowel in de beschrijving van dit *subgunningscriterium* zelf als in de technische bepalingen van het bestek (artikel 1.3 over de samenstelling van een standaardploeg) zijn, op het eerste gezicht, specifieke inhoudelijke eisen opgenomen aangaande de standaardploegen, zoals bijvoorbeeld

opleidingsniveaus, die een controle ervan toelaten en die peilen naar de intrinsieke kwaliteit van het door de inschrijvers voorgestelde aantal gelijktijdig in te zetten standaardploegen. Het lijkt dan ook niet geloofwaardig dat een inschrijver een onrealistisch hoog aantal van “20, 50 of zelfs 100 standaardploegen”, die aan die voorwaarden voldoen, kan voorstellen zonder daarvoor te worden gesanctioneerd. De verwerende partij lijkt er in dat verband terecht op te wijzen dat de inschrijvers in hun offerte immers concreet dienden te onderbouwen hoe zij konden garanderen dat het geboden aantal standaardploegen (gelijktijdig) kon worden ingezet bij de uitvoering van de raamovereenkomst en dat indien de inschrijver het geboden aantal standaardploegen niet aannemelijk kon maken, slechts rekening zou worden gehouden met een aantal standaardploegen dat realistisch was op grond van de voorgelegde documentatie.

Voor zover de verzoekende partij aanvoert dat het aantal van de in te zetten standaardploegen van de verzoekende partij tot tussenkomst onrealistisch hoog zou zijn, moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij deze bewering niet concretiseert. De verwerende partij voert in de nota bovendien aan dat het aantal gelijktijdig in te zetten standaardploegen wel degelijk beantwoordt aan een reële behoefte, die zich juist manifesteerde bij de aflopende raamovereenkomst met de verzoekende partij als opdrachtnemer. Ook de verzoekende partij tot tussenkomst motiveert, met verwijzing naar de ingediende offerte (stuk 2, 2.7 en 2.8) waarom het opgegeven aantal standaardploegen realistisch is.

21. Het tweede middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

22. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Jacops tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vijftien juli tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,
bijgestaan door

Silvan De Clercq,

De griffier

Silvan De Clercq

kamervoorzitter,

griffier.

De voorzitter

Dierk Verbiest